



## Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.5 Colombia (CC BY-NC-SA 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



**Compartir bajo la Misma Licencia** — Si altera o transforma esta obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a ésta.

## **La responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión al COVID-19<sup>1</sup>**

### **The extra-contractual liability of the State on the occasion of COVID-19**

**Manuel Azuaga<sup>2</sup>**

#### **Resumen**

A finales de 2019, surgió a nivel mundial la pandemia COVID-19, que ha afectado la forma en la que los humanos realizan sus actividades diarias, de la cual Colombia no estuvo exento, afectando factores económicos y sociales del país. No obstante, uno de los aspectos que han estado en riesgo es la salud de los ciudadanos, pues la ocupación de Unidades de Cuidados Intensivos cada vez resultaba más preocupante por los altos contagios que sufrió el país.

En estos términos, resulta necesario analizar a través de la presente investigación si las fallas en el diagnóstico de pacientes de un hospital público, que sin hacer los protocolos debidos, confunden los síntomas presentados con los del COVID-19 y fallece por causas mediferentes, aunado a la omisión del tratamiento para una dolencia distinta, puede considerarse como un evento de fuerza mayor exonerándose de responsabilidad extracontractual del Estado, para lo cual será necesario analizar los antecedentes históricos de la responsabilidad estatal, su definición, las causales de exoneración de responsabilidad del Estado, la noción de fuerza mayor, y su aplicabilidad en la responsabilidad medica en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria, a efectos de determinar las condiciones para considerar dicha situación como fuerza mayor.

**Palabras Clave** Responsabilidad del Estado; Covid-19; Fuerza Mayor; Estado de Emergencia; Responsabilidad Médica Extracontractual.

#### **Abstract**

At the end of 2019, a pandemic called COVID-19 emerged worldwide that has affected the way in which humans carry out their daily activities, from which Colombia was not exempt,

---

<sup>1</sup> Artículo de grado para optar por el título de Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, dirigido por la Dra. Yelinda Rincón.

<sup>2</sup> Egresado de la Universidad Católica de Colombia, código 2112087 y correo electrónico: mlarzuaga87@ucatolica.edu.co

affecting economic and social factors in the country. However, one of the aspects that have been at risk is the health of citizens, since the occupation of Intensive Care Units was becoming more and more worrying due to the high infections that the country suffered.

In these terms, it is necessary to analyze through the present investigation if the failures in the diagnosis of patients in a public hospital, which without doing the proper protocols, confuse the symptoms presented with those of COVID-19 and die from different causes, together The omission of treatment for a different ailment can be considered as an event of force majeure, exonerating the State from extra-contractual liability, for which it will be necessary to analyze the historical background of the State responsibility, its definition, the grounds for exoneration of State responsibility. , the notion of force majeure, and its applicability in medical responsibility within the framework of the State of Health Emergency, in order to determine the conditions to consider such situation as force majeure.

**Keywords:** State responsibility; Covid-19; Force Majeure; State of emergency; Extra-contractual Medical Liability.

## **Sumario**

Introducción. 1. Antecedentes de la responsabilidad extracontractual 1.1. Concepto de la responsabilidad extracontractual en Colombia 1.2. Análisis del artículo 90 de la Constitución Política 1.3. Elementos de la responsabilidad extracontractual 1.4. Diferencia de responsabilidad extracontractual y contractual 2. Análisis de la fuerza mayor con ocasión al COVID-19 2.1. Noción de fuerza mayor 2.2. Fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual del Estado 2.3. Fuerza mayor en la Emergencia Sanitaria 3. Responsabilidad médica extracontractual 3.1. Análisis de la doctrina 4. Contexto actual a septiembre de 2020 de la Emergencia Económica, Social y Ambiental en Colombia a causa del COVID-19 4.1. Medidas adoptadas en torno a la Emergencia Sanitaria 4.2. Medidas adoptadas en el sector de la salud 4.3. Evolución del COVID-19 desde la detección del primer caso. 5. La responsabilidad extracontractual del Estado por COVID-19 5.1. Responsabilidad médica extracontractual por COVID-19 5.2. La fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado generada por COVID-19 6. Derecho comparado con España. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

## Introducción

A partir de la Constitución Política de 1991, la noción de la responsabilidad del Estado tiene algunas variaciones que antes no se había contemplado, y basándose en funciones preventivas y reparadoras que actúan como garantías constitucionales; según Arroyo (2010) se trajo a colación un régimen de responsabilidad objetivo, basado en:

La noción de falla del servicio que constituye la regla general, con una importante atenuación que es la noción de falla presunta; y otro objetivo, en el que la noción de falla o culpa no es un factor determinante y es de carácter excepcional (p.8).

Además, encuentra fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual establece un régimen de responsabilidad con dos elementos importantes a saber, el daño antijurídico y la imputabilidad del Estado (Manjarres, 2019) por la acción u omisión que cometa el Estado en contra de un administrado que no estaba obligado a soportarlo.

La situación mundial actual en relación a la pandemia COVID-19, ha causado bastantes agravios a la salud de los ciudadanos, verbigracia, en Colombia a septiembre de 2020 hay aproximadamente 750.000 contagiados según las cifras reportadas por el Ministerio de Salud y Protección Social, y se han implementado una serie de medidas, relacionadas precisamente con que los ciudadanos se queden en sus casas para evitar un mayor contagio y elevar las Unidades de Cuidados Intensivos de los hospitales; sin embargo, la existencia de COVID-19 no implica que personas que padecen enfermedades completamente diferentes, no concurren al hospital, a quienes también se les debe asegurar la atención del servicio de salud con los protocolos establecidos para evitar el contagio de quienes permanecen allí para ser controlados por profesionales de la salud.

Si bien es cierto, se ha analizado si la pandemia COVID-19 puede ser considerada como un evento de fuerza mayor que cumple con los requisitos de ser externa, imprevisible e irresistible a lo cual se responde de manera afirmativa, sin embargo, la pregunta de investigación planteada es ¿El error en el diagnóstico de pacientes en un hospital público por confundir los síntomas presentados con los de COVID.19, generando como resultado la muerte por causas diferentes, es catalogado como un evento de fuerza mayor que exime al

Estado de responder extracontractualmente?, teniendo como objetivo general determinar en qué casos puede declararse la responsabilidad extracontractual al Estado cuando diagnostican a un paciente con síntomas similares a COVID-19 y le realizan el tratamiento idóneo de la enfermedad, sin percatarse que padecía de otra enfermedad, produciendo eventualmente su muerte, y como objetivo específico determinar los requisitos para declarar la fuerza mayor como causal de exclusión de responsabilidad por parte del Estado, proceden cuando un paciente muere a causa de un error de diagnóstico por parte de un hospital público.

Por lo cual, se han planteado dos hipótesis para dar respuesta a la anterior pregunta, la primera de ellas, la posibilidad de solicitar una indemnización del Estado por la omisión de realizar el tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía el paciente, ocasionando el resultado muerte como un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar, y por otro lado, indicar que podría ser una fuerza mayor que eximiría de responsabilidad patrimonial, al ser un hecho imprevisible, irresistible y externo, por el hecho de que el hospital público no tuviera a su disposición los recursos disponibles para determinar si se trataba de COVID-19.

El método de la investigación será el de la dogmática jurídica, el cual ayudará a regular por vía conceptual el análisis sobre el tema, recopilando por medio de la doctrina, bases jurídicas, revistas jurídicas y jurisprudencia colombiana, esta última con la característica de ser interpretativa para aclarar cualquier duda generada sobre el tema y con el provecho de analizar la doctrina de autores importantes al igual que el de la academia del derecho, finalizando si el artículo 90 C.P que menciona la reparación patrimonial salvaguarda a los particulares en el marco del Estado social de derecho. El enfoque de la investigación en el presente trabajo estará desarrollado bajo el planteamiento metodológico de enfoque cualitativo, ya que es el que mejor se adapta a las características y necesidades de la investigación

### **1. Antecedentes de la responsabilidad extracontractual**

El término responsabilidad tiene origen según Gil (2011), en la antigua polis griega, pues anteriormente se pensaba que aquel que se obligaba a cumplir determinada prestación, podría reconocerse como persona responsable, es decir, ligado estrechamente con el término de dignidad humana. Sin embargo, como el origen de todo nuestro Derecho, se desprende que la figura de responsabilidad, proviene del Derecho Romano, y más que reconocer una

responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento de obligaciones adquiridas, y una extracontractual, proveniente de la ocurrencia de un daño, se evidenciaba la teoría de la irresponsabilidad del Estado en los modelos monarcas, pues se decía que el soberano, en este caso el Rey, era un representante de Dios en la tierra, y por lo tanto, cualquier acto realizado por él, estaba completamente justificado así fuera contraproducente, en ese sentido, lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación alguna (Penagos, 1997).

Posteriormente, la Edad Media tuvo algunos cambios, con la aparición de figuras como la monarquía absolutista, en la que los reyes y la Iglesia canalizaban todo su poder para administrar al pueblo. En la Edad Moderna, ya se hacía mención al concepto de Estado a partir de la teoría expuesta por Nicolás Maquiavelo en su libro “El Príncipe”, en donde aparecían figuras como la soberanía que concentraba el poder en una sola persona, reconociéndose a el mismo, sin importar el pueblo. A su vez, se indica que las teorías contractualistas de Hobbes, Rousseau y Locke, apoyaban al gobernante irresponsable, pues se exigía la renuncia a ciertos derechos por parte de los individuos, para que el Estado les brindara protección y seguridad jurídica (Jiménez, 2013), lo que evidenciaba un desborde del Poder.

El concepto de responsabilidad que se tenía anteriormente, cambio con la concepción actual de Estado, así las cosas, empieza a evidenciarse un Estado liberal y a su vez, un Estado de Derecho en donde se reconocen y se protegen algunas garantías fundamentales de los individuos. En este sentido, se crearon dos principios importantes a saber:

1. Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad)
2. Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad) (Jiménez y Soler, 2012).

Debe afirmarse que, la responsabilidad estatal que se conoce actualmente en el ordenamiento jurídico del país, proviene del derecho francés, pues a través del Consejo de Estado, se reconoció por primera vez la responsabilidad del Estado generando un precedente muy importante para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios causados. Es así como el Código Civil Francés de 1804, establecía el dolo y la culpa como títulos de imputación, pero no decía nada acerca de la responsabilidad del Estado como institución:

para ese momento regía el principio de la irresponsabilidad del Estado que bajo las premisas de “el rey manda” y “el rey no se equivoca” se generaba la imposibilidad de atribuir la responsabilidad al Estado por su soberanía, en los eventos en que este causara daños a sus gobernadores (Guerra y Pabón, 2020, p.29).

Vale la pena traer a colación algunos fallos de la jurisprudencia francesa que influyeron en el ordenamiento jurídico colombiano, el primero de ellos es el Fallo Blanco, de origen francés y considerado como el hito en materia de responsabilidad estatal, los hechos se ciñen a que una vagoneta de una empresa pública tabacalera, atropelló a una menor de edad, generando la amputación de una de sus piernas, por lo cual, el padre decide acudir a la administración de justicia demandando al Gobernador del Departamento de la Gironda-Francia, indicando que el Estado era civilmente responsable por los daños causados por sus agentes así las cosas, el Tribunal de Conflictos francés en 1873 al estudiar el caso concreto, decidió que a este tipo de responsabilidad, no le eran aplicables las normas del Código Civil, con lo cual dispuso que tenía unas normas especiales y que la competencia era de la jurisdicción contencioso administrativa.

Los aportes más importantes al Derecho que realizó el Fallo Blanco, fue la separación de poderes jurisdiccionales, el fin del principio de la irresponsabilidad del Estado y la autonomía del Derecho Administrativo (Long, 2000).

Por otro lado, el Fallo Pelletier proferido el 30 de julio de 1873 en el que un ciudadano demandó a un General en virtud de una confiscación realizada, de manera ilegal y arbitraria contra un periódico que el demandante pretendía publicar, por lo cual solicitó se declarara responsable al Estado, por el hecho de que el General era un representante del mismo y se condenará a pagar los perjuicios causados. El Tribunal de Conflictos procedió a realizar una distinción entre culpa personal y falla en el servicio, la primera de ellas hace referencia a la que se desprende del servicio, y el Juez puede determinarla fácilmente, mientras que la falla del servicio es un hecho de un funcionario público ligado a la entidad pública, por lo que el Juez debía determinar la relación entre la administración, el funcionario y el hecho causado, entonces “hay falla en el servicio si el acto perjudicial es impersonal, si aparece un administrador más o menos sujeto a error, hay culpa personal si aparece el hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”(Ibidem, p. 12). Lo anterior, siendo un

importante antecedente para la falla del servicio como título de imputación y elemento crucial para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.

Por último, el Fallo Cames proferido en 1895, siendo un hito importante en materia de teoría del riesgo, en este caso, un obrero que trabajaba para una entidad pública, tuvo un accidente que atrofió su mano izquierda por una esquirla de metal. Al momento de solicitar la reparación de perjuicios causados, el Tribunal tuvo que analizar si se había producido por negligencia o imprudencia del obrero, y de manera concomitante, analizar si el Estado debía garantizar a sus obreros el riesgo que puede generarse por la ejecución de las labores encomendadas. Así las cosas, se determinó que “si un accidente se produce en el lugar de trabajo y no hay culpa del empleado, la entidad pública es responsable y debe indemnizar a la víctima en virtud de la teoría del riesgo” (Ariza y Espinosa, 2003, p.32).

De esta manera, se evidencian los antecedentes jurisprudenciales en responsabilidad extracontractual del Estado, la mayoría de ellos proferidos por el ordenamiento jurídico francés, el cuál ha tenido una influencia importante para el Derecho Administrativo colombiano, toda vez que muchas de sus teorías han sido adoptadas por el Consejo de Estado en sus sentencias.

### **1.1. Concepto de la responsabilidad extracontractual en Colombia**

Dentro de los antecedentes históricos de la responsabilidad del Estado en Colombia se encuentra que en primer lugar, se trajo a colación la tesis de la doble personalidad del Estado, “Estado como persona soberana y como persona jurídica del Derecho privado sometido a la ley civil” (Jiménez, 2013, p.70), sin embargo, no prosperó porque se dificultaba identificar en qué calidad respondía el Estado, no obstante, a través de la tesis de Unidad de la personalidad del Estado, en la que se afirmaba que el Estado actuaba como poder soberano, y “si al ejecutar un acto el funcionario ocasiona injustamente daño, quien lo sufra tiene derecho a ser indemnizado” (López, 2007, p.32).

Posteriormente en 1939, el país acogió la teoría de responsabilidad indirecta que recaía en “los auxiliares o dependientes cuya actuación no la realizan en calidad de representantes del Estado” (Jiménez, 2013, p.71) Corte Suprema de Justicia era el órgano



jurisdiccional competente para conocer acerca del tema, y a partir de 1964 se confió la responsabilidad estatal a la jurisdicción Contencioso Administrativa administrada por el Consejo de Estado, el cual contempló en algunas de sus sentencias, títulos de responsabilidad como la falla del servicio, daño especial y algunas, aplicando la teoría del riesgo.

Fallos importantes a resaltar proferidos por la Corte Suprema de Justicia, corresponden a la sentencia de Casación del 14 de marzo de 1939 en donde se reconoció por primera vez la presencia de dos categorías de responsabilidad extracontractual por el hecho propio: “la proveniente de daño causado en actividades ordinarias y aquella resultante de accidentes ocurridos en el ejercicio de actividades peligrosas” (Hinestrosa, 2017, p.14), posteriormente, en 1962 la Corte realizó un aporte importante relacionado con el concepto de responsabilidad de personas jurídicas, teniendo que el daño causado por cualquiera de sus dependientes podría catalogarse como responsabilidad por el hecho ajeno.

Una vez el Consejo de Estado ya tenía la competencia para estudiar acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado, realizó unos aportes importantes en esta materia, tales como adicionar el concepto de daño moral, y daño a la vida en relación reconocido como “un perjuicio fisiológico, reduciendo a las alteraciones derivadas de daño a la vida y a la integridad física, y por lo mismo, dejando por fuera el daño a consecuencia de agresión de los demás bienes de la personalidad” (Hinestrosa, 2017, p.23).

En lo que refiera a la responsabilidad objetiva, el Consejo de Estado francés inició con la aplicación de la falla del servicio que implicaba demostrar la lesión que causaba, por lo cual no permitía hacer efectiva una imputación de responsabilidad al Estado; de esta manera se empezó a examinar una teoría que no implicara la acreditación de una falta del servicio a lo cual se le denominó responsabilidad objetiva (Jiménez, 2013), caracterizada por la comisión de un daño antijurídico que el administrado no está obligado a soportar, sin necesidad de demostrar el dolo o la culpa, sino la existencia del daño y su relación de causalidad con la acción u omisión por parte del Estado.

Así las cosas, y a través de la teoría del Consejo de Estado francés, se estableció una responsabilidad objetiva por parte del Estado la Constitución Política de 1991, a través del artículo 90.

La responsabilidad extracontractual, es definida como aquella responsabilidad que proviene de:

Un hecho ilícito intencional o que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad del otro, no existe relación entre el autor del daño y la víctima, supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño (Alessandri, 1981, p.42).

En Colombia, la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso” (Martínez, 1988, p.39), en términos generales, el daño es una fuente de las obligaciones, y quien causa ese perjuicio debe responder, dependiendo el tipo de responsabilidad, civil, disciplinaria o penalmente, ante la persona a la que le causó el daño. En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, quien tiene la obligación de resarcir el perjuicio, es el mismo Estado, por alguna acción u omisión que haya causado a través de sus entidades públicas.

## **1.2. Análisis del artículo 90 de la Constitución Política**

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política, es el fundamento jurídico más importante en materia de responsabilidad estatal, es importante traerlo a colación:

**ARTÍCULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Constitución Política, 1991, Art.90).

En este sentido, la anterior disposición se ha considerado como la cláusula general de responsabilidad, y trae consigo las siguientes reglas:

(i) La responsabilidad del Estado es directa, por lo cual se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y, sólo subsidiariamente, al Estado;

- (ii) El Estado responde por el daño antijurídico, no por la conducta dolosa o culposa de sus agentes;
- (iii) En el caso de resultar condenado el Estado, este debe repetir contra sus servidores (Guerra y Pabón, 2020, p.29).

De lo anterior, se puede desprender entonces que la responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 de la Carta Política, es una responsabilidad objetiva al converger elementos que demuestran el daño causado, y la relación entre la acción u omisión y el daño, a lo que se le denomina como nexo causal el cual se rompe con alguna causal de exclusión como la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero. En esos términos, se proscribió todo tipo de responsabilidad subjetiva, es decir, que no se tiene en cuenta el aspecto subjetivo de quien comete el ilícito, transformado en culpa o dolo que interfiere en la voluntad del agente o servidor público.

### **1.3. Elementos de la responsabilidad extracontractual**

Ahora bien, del texto constitucional se desprende que existen unos requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad extracontractual, y que deben concurrir para atribuirle la obligación al Estado de reparar perjuicios, el daño se ha definido como “un requisito indispensable para que surja la responsabilidad del Estado; es más, es su punto de partida, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo” (Henao, 1998, p.191), en términos generales como una lesión de un interés lícito o no contrario a derecho (Ibidem, 2007) también conceptualizado como la “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja” (Hinestrosa, 2017, p.15); pero este daño en materia de responsabilidad estatal, tiene una característica que lo diferencia de los demás, y es que el mismo debe ser antijurídico, es decir, la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar (Margaux y Castro, 2007).

Santofimio (2013) ha ahondado en el concepto de daño antijurídico que comprende dos aspectos esenciales: el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en

su patrimonio y aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable.

Al respecto, el Consejo de Estado define al daño como un menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial o una lesión a un interés jurídicamente relevante (Consejo de Estado, 2010, Exp. 18425). No obstante, debe tenerse en cuenta que el daño puede causarse en dos dimensiones, por un lado, un daño material, y por un daño inmaterial, de difícil cuantificación y que a su vez se divide en daño fisiológico, daño a la vida en relación, sin embargo, reparar este tipo de daños comprende que “el dolor es imposible medirlo con criterios objetivos, por ser en esencia subjetivo” (Henao, 1998, p. 231).

En lo que respecta a la acción u omisión por parte del Estado, en materia contenciosa administrativa, se denomina como imputación, y es definida como un “fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, con base en la relación existente entre aquel y este” (Consejo de Estado, 1993), en este sentido, es la conducta que comete el Estado a través de sus entidades públicas y que es susceptible de ser demandada ante la jurisdicción por causar un perjuicio que la víctima no tenía la carga de soportarlo.

En lo que concierne al nexo causal, es también un elemento determinante porque comprende la relación entre la acción u omisión y el daño causado, la cual debe ser directa porque entrelaza los dos elementos y genera esa causalidad necesaria y determinante para la responsabilidad estatal.

#### **1.4. Diferencia de responsabilidad extracontractual y contractual**

La primera distinción como se mencionó anteriormente, es que la contractual se deriva de un incumplimiento de obligaciones suscritas entre las partes, mientras que la extracontractual, tiene que ver con la causación de un daño que causa perjuicios a una persona. Tamayo (2007) indica que se diferencian también en el término de prescripción de la acción, por un lado, para el proceso que pretenda la declaración de la responsabilidad civil contractual, se precisa una prescripción extintiva de diez años conforme a lo que enuncia el

artículo 2536 del Código Civil, mientras que la responsabilidad extracontractual, verbigracia, las originadas por el hecho ajeno, tiene un término de tres años.

Así las cosas, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad extracontractual indica que “la responsabilidad extracontractual como el encuentro accidental y fortuito que proviene de una fuente como lo es la obligación resarcitoria generada por mandato legal y que, deben concurrir tres elementos, la culpa, el daño y la relación de causalidad” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2012, 1999). Y la responsabilidad contractual se refiere a la derivada del contrato estatal por el incumplimiento de las obligaciones, e implica a su vez que el deudor este en mora para poder solicitar la indemnización de perjuicios y la cláusula penal (Consejo de Estado, 2013, Exp. 25131).

Con el objeto de que el Estado no responda patrimonialmente por los daños causados, se han establecido tres causales que permiten exonerar de responsabilidad patrimonial, y que ostentan una relevancia importante, para efectos de realizar el ejercicio de imputación cuando se configuren todos los elementos de la responsabilidad, estos son, la fuerza mayor y/o el caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

## **2. Análisis de la fuerza mayor con ocasión al COVID-19**

### **2.1. Noción de fuerza mayor**

La fuerza mayor en Colombia, es considerada como una causal de exclusión de responsabilidad, definida como un “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar” (Concepción, 1999, p.85).

En Colombia, la fuerza mayor está contemplada en el artículo 64 del Código Civil, pero se considera como un sinónimo del caso fortuito, pero ha tenido un gran desarrollo a nivel jurisprudencial que han optado por dividir estos dos conceptos. Por su parte, la fuerza mayor se caracteriza por ser exteriorizada, que no dependa del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino (Patiño, 2011); imprevisible e irresistible, estas últimas dos, hacen referencia precisamente a quien cometió el daño, en circunstancias

normales haya sido probable precaver la actividad que originó el daño, y que el hecho no hubiera podido evitarse (Corte Suprema de Justicia, 1999, Exp. 5220).

Así las cosas, podría distinguirse entonces las diferencias entre fuerza mayor y caso fortuito:

La fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (Corte Constitucional, Sentencia SU449 de 2016).

## **2.2. Fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual del Estado**

Tal y como se analizará en el siguiente capítulo, uno de los elementos de la responsabilidad es el nexo causal, que hace referencia a que la actuación por parte de la administración, sea la que haya causado el daño antijurídico, es por ello que la fuerza mayor es una causal de exoneración de responsabilidad estatal, porque rompe el nexo causal:

La administración puede librarse de responder demostrando que su actuación legítima y legal no fue la causa del daño que se produjo, sino que éste se debió a una causa extraña, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima (Díazgranados, 2001, p.32).

El Consejo de Estado en Sentencia del 24 de marzo de 2011 con ponencia del Concejero Mauricio Fajardo Gómez, ha adoptado una doctrina de catalogar a la fuerza mayor como un eximente de responsabilidad, sin perjuicio de que exonere completamente de responsabilidad a la administración, pues:

Para que dichas causas sean eximentes de responsabilidad y puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conduzca desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la

producción del daño, no eximirá al demandado de responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar (Consejo de Estado, 2011, Exp. 19067).

Para analizar el tema de una manera más práctica, es pertinente traer a colación la sentencia del Consejo de Estado del 14 de abril de 2010, Exp. No. 18285, en la que se demanda a través de reparación directa a la Caja Nacional de Previsión Social, en razón a la negligencia, acción y omisión y presunta ignorancia o falta de conocimientos profesionales de los médicos que conocieron de la enfermedad de una menor de edad, por trasladarla al Hospital de la Misericordia dejándola complicar hasta tener lesiones purpúricas, con cuadro de sepsis de origen intestinal, y causarle la muerte. La madre de la menor presentó la autopsia en la que se establece la causa de la muerte, así como un Acta del Comité de Auditoría Médica de la Caja Nacional de Previsión Social, en la que se indica que faltó continuidad en su evolución y en la búsqueda de la causa agravante por parte de los profesionales de salud que la atendieron, lo anterior, para comprender que el título de imputación que se estaba invocando era la falla del servicio probada.

La defensa indicaba que la menor había contraído dicha infección justo antes de llegar a la entidad prestadora de servicio médico, y que los médicos habían realizado todo lo posible para su tratamiento, por lo cual actuaron de manera diligente, y afirmaron que su deceso se debió a motivos de fuerza mayor que estaba lejos de la ciencia en la actualidad.

El Consejo de Estado, al analizar el caso concreto, precisa que en efecto existe un daño y un título de imputación como lo es la falla del servicio, sin embargo, al estudiar el nexo causal, se evidencia que la demandante incurrió en una insuficiencia en materia probatoria, imposibilitando probar el nexo causal, denegando la responsabilidad del Estado.

Así las cosas, se evidencia la importancia de probar todos los elementos de la responsabilidad para configurarla, y solicitar que se condene al Estado por los daños y perjuicios causados.

### **2.3. Fuerza mayor en la Emergencia Sanitaria**

En el 2020 y con ocasión a la pandemia mundial por el COVID-19, el Gobierno colombiano decidió declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, así como la Emergencia Sanitaria, como una herramienta necesaria para proteger y garantizar el

derecho fundamental a la salud de todos los colombianos. Así las cosas, se expidieron una serie de decretos leyes para mitigar la contingencia que afecta a diferentes sectores del país.

No obstante, en materia tributaria, laboral, civil y comercial, se han adoptado algunas medidas para favorecer la economía de las empresas y comerciantes, verbigracia, algunos alivios en materia de impuestos, facilidades para terminar contratos de arrendamiento de local comercial, y otras medidas relacionadas con el régimen laboral y pensional de los trabajadores. Sin embargo, se han generado una serie de dudas respecto a la configuración de la fuerza mayor para efectos de dar por terminado contratos de arrendamiento habitacionales y comerciales, suspender contratos laborales, hasta incluso contratos estatales, lo cual ha permitido realizar debates jurídicos para verificar si en efecto la pandemia causada por el COVID-19 puede alegarse para efectos jurídicos como una fuerza mayor.

Para lo cual, es necesario analizar si la pandemia es un hecho externo, imprevisible e irresistible; en lo que concierne a la característica de externalidad, efectivamente no es un hecho que depende de la voluntad del Estado colombiano, ni de sus administrados, sino que es una causa externa, que se originó en Wuhan, China y se expandió a todos los países del mundo y en el territorio colombiano.

En lo que concierne a la imprevisibilidad, primeramente si podía afirmarse que no era previsible la existencia de una pandemia, pero si habría que analizarse si esta imprevisibilidad podría desvirtuarse si al evidenciar la expansión que tuvo la pandemia en el continente europeo, le era posible prever a Colombia los efectos del mismo, y tomar medidas de contención que no permitieran dichos efectos, como por ejemplo, el cierre del Aeropuerto Internacional el Dorado, entre otras medidas preventivas.

En cuanto a la irresistibilidad, se analiza si efectivamente no era posible evitar el acaecimiento del evento, a pesar de hacer todos los esfuerzos posibles; en este caso, si podría hablarse de un evento irresistible, pues la pandemia por su característica de ser expansiva de manera progresiva, y al tener una fuente internacional, sería imposible que no llegara a Colombia, sin embargo, ¿sería un evento irresistible la omisión de un diagnóstico cierto que permita establecer cuando se trata de COVID y cuando es la progresión de una enfermedad preexistente, en el entendido que hasta el mes de septiembre de 2020 no hay un medicamento



que cure el COVID 19, como tampoco, la existencia de un fármaco que prevenga la contaminación por dicho virus y permita individualizarlo y tratarlo frente a otras patologías?.

Ahora bien, en caso de que se pueda imputar responsabilidad al Estado, el medio de control de reparación directa permite que la víctima puede recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, para que el Estado responda por los daños causados por su agente, que tiene como pretensión solicitar la declaración de Responsabilidad y en consecuencia la una indemnización al demandado por la acción u omisión que generó un daño antijurídico al individuo.

### **3. Responsabilidad médica extracontractual**

La salud es considerada como un derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, que debe ser protegido y garantizado por el Estado a través de la prestación de este servicio público, a través de entidades prestadoras del servicio, y en la eventualidad de que sea ineficaz e inoportuna, la víctima del daño o sus dolientes, tienen la facultad de acceder a la justicia para demandar la responsabilidad del Estado y solicitar una indemnización.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha establecido que:

La responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyan en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos (Consejo de Estado, Sentencia No. 18524, 2010).

En lo que refiere a los elementos de la responsabilidad, es importante aclarar que el daño antijurídico supone “el fin de la existencia de una persona, lesiones de tipo corporal e incluso moral, que se originan por el incumplimiento de la Lex Artis o por no atender de forma oportuna a los pacientes” (Rojas, 2017, p.22), y definido por los Altos Tribunales como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo” (Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996), así como “el perjuicio que es

provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (Consejo de Estado, 2011, Exp. 21294).

Este tipo de responsabilidad proviene de una responsabilidad extracontractual porque se origina del daño que cometa el médico o la entidad de salud, y no de la responsabilidad contractual porque no proviene de un incumplimiento por alguna de las partes de un negocio jurídico.

La responsabilidad extracontractual médica, es demandada a través de la acción de reparación directa y teniendo como título de imputación la falla del servicio, toda vez que, en razón a la figura de la carga dinámica de la prueba, le es más fácil demostrar al demandado (Hospital Público) que actuó de manera diligente o que existió alguna causa extraña que permite romper el nexo causal que genera la responsabilidad extracontractual.

### **3.1. Análisis de la doctrina**

En lo que refiere a la modalidad de falla en el servicio que debe utilizarse al demandar la responsabilidad médica extracontractual, la doctrina ha dicho que:

Por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública era quien estaba en mejores condiciones de probar (Pérez, 2011, p. 222).

Por su parte, Tamayo Jaramillo ha indicado que en lo que respecta a la responsabilidad médica en error de diagnóstico, existe un régimen de culpa probada, salvo que se logre constatar que el diagnóstico no era aleatorio (Tamayo, 2003), sin embargo, su posición está ligada a que la carga de la prueba presentada por las partes, debe utilizarse como un medio para constreñir a las partes, tanto demandante como demandado, a aportar las pruebas necesarias con el objeto de buscar la verdad material de los hechos.

Se ha mencionado que no es viable establecer este tipo de responsabilidad médica extracontractual a tipos de imputación objetiva, porque:

El hecho de que las administraciones públicas tengan algo que ver en casi todas las esferas de la vida de los ciudadanos no debe conducir a una interpretación distorsionada del Estado Social. Esa forma estatal debe ser rectamente interpretada, evitando cualquier desfiguración del llamado “Estado de Bienestar” que conduzca a identificarlo con el “Asegurador Universal” de todas las desgracias, incomodidades o molestias que sufran los ciudadanos; de lo contrario se rompería el equilibrio entre las garantías que protegen los derechos de los ciudadanos y las que tutelan el interés general (Blanquer, 1997, p.21).

#### **4. Contexto actual a septiembre de 2020 de la Emergencia Económica, Social y Ambiental en Colombia a causa del COVID-19**

Debe hacerse mención al concepto de estado de excepción, definido como un régimen especial concebido para situaciones de anormalidad, se declaran principalmente para “enfrentar de manera transitoria las situaciones que producen perturbaciones graves e inesperadas del orden público, sin menoscabo de los derechos y libertades fundamentales de las personas” (Pardo, 2011, p.83).

El Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, encuentra fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política el cual habilita al Presidente, con la firma de todos los ministros, decretar un estado de excepción que tenga por objeto expedir decretos con fuerza de ley que estén destinados a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos por periodos de hasta treinta días, que sumados no pueden exceder noventa días calendario. Los decretos con fuerza de ley debe relacionarse con aquellos aspectos que tengan conexidad directa con la emergencia, y puede establecer de manera transitoria nuevos tributos o modificar los existentes.

En lo que concierne a Colombia, el Gobierno Nacional decretó en dos ocasiones durante el año 2020 el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el primero el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 que tuvo vigencia hasta el 16 de abril de 2020, y el segundo a través del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 que tuvo vigencia hasta el 6 de junio de 2020. Se ha mencionado que se expidieron aproximadamente entre las dos declaratorias de la Emergencia, 140 decretos con fuerza de ley para mitigar la crisis existente en el país.

#### **4.1. Medidas adoptadas en torno a la Emergencia Sanitaria**

En relación a las características que reviste el COVID-19 por ser un virus que tiene la facilidad de transmitirse de persona a persona con unos síntomas de fiebre, escalofrío y dolor muscular, y afectar gravemente el derecho fundamental a la salud, la Organización Mundial de la Salud decidió declarar al COVID-19 como pandemia y recomendó que los países adoptaran medidas tendientes a detener la propagación del virus. Así las cosas, el Ministro de Salud ordenó declarar la Emergencia Sanitaria en todo el territorio nacional el día 12 de marzo de 2020 a través de la Resolución 385, teniendo en cuenta que a la fecha solo existían nueve casos provenientes en el exterior ubicados en Bogotá, Medellín, Buga y Cartagena.

Como medidas que podrían demostrar la diligencia y el cuidado con que actuó el Estado en esta crisis que se podrían catalogar como oportunas, la declaratoria de la Emergencia Sanitaria estaría vigente hasta el 30 de mayo de 2020, y con ella se adoptaron medidas como la suspensión de eventos con aforo de más de 500 personas, prohibir el cargue y descargue de pasajeros y mercancías de las naves de pasaje de tráfico marítimo internacional, ordenar a la población a adoptar medidas higiénicas en sus actividades, así como también dispuso medidas preventivas de aislamiento y cuarentena de aquellos pasajeros que llegaban a territorio colombiano, de realizar una cuarentena de 14 días.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2020 a puertas de terminar la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, el Ministros de Salud y Protección Social a través de la Resolución No. 844 de 2020 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31 de agosto de 2020 y ordenó que se adoptaran medidas sanitarias como ordenar la implementación de protocolos de bioseguridad, extender hasta esta fecha el aislamiento preventivo obligatorio de personas mayores de 60 años y ordenar que las EPS e IPS faciliten la afiliación de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y por último, la Resolución 1462 de 2020 que prorrogó la emergencia hasta el 30 de noviembre de 2020.

De igual manera, el Gobierno Nacional el 19 de marzo de 2020 emitió unos lineamientos para la detección y manejo de casos de COVID-19 por los prestadores de servicios de salud en Colombia, con el “objeto de disminuir el riesgo de transmisión del virus

de humano a humano y servir de guía de actuación para el manejo del paciente con enfermedad por coronavirus” (Ministerio de Salud, 2020).

De igual manera, para garantizar las medidas adoptadas en torno a la Emergencia Sanitaria se dictaron algunas otras instrucciones como el aislamiento preventivo obligatorio por parte del Ministerio del Interior, el cual fue ampliado en varias ocasiones así:

- Decreto 457 del 22 de marzo de 2020: Desde el 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020 que contemplaba 34 excepciones.
- Decreto 531 del 8 de abril de 2020: Desde el día 13 de abril hasta el 27 de abril de 2020 que contemplaba 35 excepciones.
- Decreto 593 del 24 de abril de 2020: Desde el día 27 de abril hasta el 11 de mayo de 2020 que contemplaba 41 excepciones.
- Decreto 636 del 6 de mayo de 2020: Desde el 11 de mayo hasta el 25 de mayo de 2020 que contemplaba 46 excepciones.
- Decreto 689 del 22 de mayo de 2020: Prorrogando las medidas adoptadas en el Decreto 636 hasta el 31 de mayo de 2020.
- Decreto 749 del 28 de mayo de 2020: Desde el 1 de junio hasta el 1 de julio de 2020 que contemplaba 43 excepciones.
- Decreto 878 del 25 de junio de 2020: Prórroga el anterior Decreto hasta el 15 de julio de 2020.
- Decreto 990 del 9 de julio de 2020: Desde el 16 de julio hasta el 1 de agosto de 2020 que contemplaba 44 excepciones.
- Decreto 1076 del 28 de julio de 2020: Desde el 1 de agosto de 2020 al 1 de septiembre de 2020

De igual manera, se han establecido una serie de lineamientos para el manejo de la pandemia tales como:

- Protocolo traslado intrahospitalario de pacientes con COVID-19.
- Lineamientos para el manejo clínico de pacientes con infección por nuevo Coronavirus COVID-19 de julio 2020.

Así las cosas, es posible evidenciar que el Gobierno Nacional pretendía un desconfinamiento gradual, y al tener en cuenta que el virus demoraba 14 días en incubarse en una persona, decretaban el aislamiento preventivo obligatorio por 15 días para efectos de evidenciar la progresividad de la infección y establecer medidas que le hicieran frente al tema. No obstante, de la recolección de los datos de los Decretos, se infiere que la voluntad del Gobierno Nacional estaba tendiente a reactivar algunos sectores de la economía, pero con el incremento exponencial de contagios, tuvo que disminuir las excepciones a la cuarentena y extenderla por un periodo de tiempo más prolongado que solo quince días.

También es de resaltar que entidades territoriales como es el caso de Bogotá, adoptó medidas como el confinamiento sectorizado a partir del 13 de julio hasta el 23 de agosto de 2020, denominado cuarentena estricta y teniendo en cuenta que se decretó en alerta naranja a la ciudad de Bogotá.

#### **4.2. Medidas adoptadas en el sector de la salud**

El Ministerio de Salud y Protección Social como entidad competente y encargada de regular todo lo relacionado al derecho fundamental de la salud, adoptó una serie de medidas tendientes a mitigar la contingencia en el país a causa del COVID-19. Algunas de ellas fueron:

1. Aislamiento y cuarentena de viajeros, China, Italia, España y Francia a través de la Resolución 380 de 2020
2. Suspensión de establecimientos de comercio y bebidas a través de la Resolución 453 de 2020
3. Aislamiento de personas mayores de 60 años a través de las Resoluciones 464 y 470 de 2020.
4. Protocolo general de Bioseguridad a través de la Resolución No. 666 de 2020

Según la Resolución No. 844 expedida por el Ministro de Salud y Protección Social, el manejo de una epidemia se construye por fases:

- (i) Una fase de preparación, que inicia con la alerta de autoridades en salud en la que se realiza el proceso de aislamiento para la posible llegada del virus

- (ii) Una fase de contención, que inicia con la detección del primer caso, en la cual se debe fortalecer la vigilancia en salud pública, el diagnóstico de casos y el seguimiento de contactos, ya que el objetivo es identificar de la manera más oportuna los casos y sus posibles contactos para evitar la propagación y
- (iii) Una fase de mitigación, que inicia cuando a raíz del seguimiento de casos, se evidencia que en más del 10% de los mismos no es posible establecer la fuente de infección, en esta etapa, se deben adoptar medidas para reducir el impacto de la enfermedad en términos de morbi-mortalidad de la presión sobre los servicios de salud y de los efectos sociales y económicos derivados (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución No. 844, p. 2).

En el mismo sentido, se ha hecho necesario un incremento de la capacidad hospitalaria por al menos 14 meses, y por parte del Ministerio de Salud y Protección Social se ha proyectado cuatro fases para la prestación de servicios de salud:

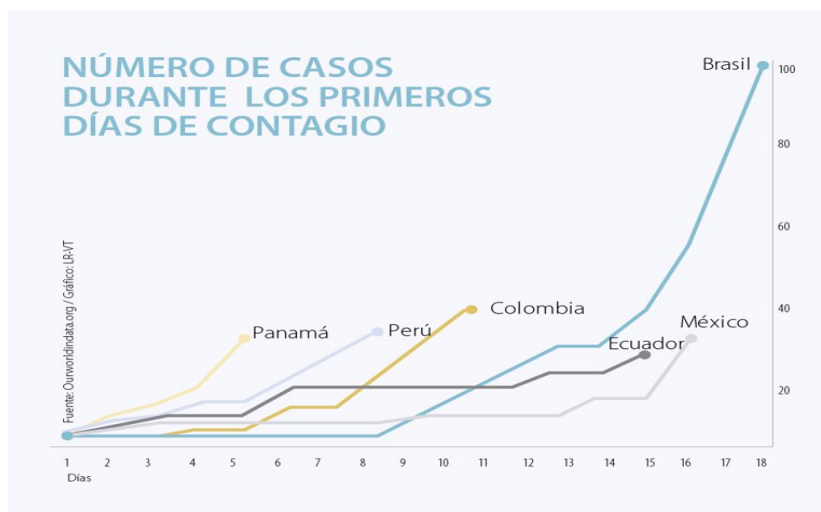
1. Consiste en la prestación de servicios de salud con la capacidad instalada existente
2. Optimización de la capacidad instalada existente
3. Ampliación de la capacidad instalada a través del uso de infraestructura en salud que se encuentre cerrada o sin utilización y/o hospedajes u hoteles
4. Extensión crítica para la prestación de servicios de salud en la expansión a otras infraestructuras existentes (Ibidem, p. 4)

Al 25 de mayo de 2020 se afirmaba que el país se encontraba en la primera fase, no obstante, en lo que refiere a la capital del país al 19 de julio de 2020 la capacidad de UCI está al 90,9% y solo quedan 121 camas disponibles, incluso se ha mencionado que en los próximos días, los médicos deben escoger entre pacientes que tienen más posibilidades de sobrevivir y quienes no.

#### **4.3. Evolución del COVID-19 desde la detección del primer caso**

En Colombia la fase de contención se inició el 6 de marzo de 2020 y finalizó el 31 de marzo, cuando se alcanzó un total de 906 casos de los cuales 114 que equivalen al 15,8% se encontraban en estudio y no se tenía conocimiento de la causa del contagio.

En relación a América Latina, Colombia estaba catalogado como uno de los países con un incremento exponencial de casos, ocupando el segundo lugar después de Brasil, tal y como se evidencia a continuación, pues a los 11 días de haber llegado la pandemia al país habían más de 40 contagiados.



*Figura 1.* El contagio del coronavirus avanza de forma acelerada dejando incertidumbre. González, X.

El crecimiento de los casos aumentó desde el 16 de abril superando los 200 casos y llegando a niveles de hasta 600 casos al día. Muy a pesar de la serie de decretos de aislamiento preventivo obligatorio, al 25 de mayo de 2020 se habían confirmado 21.981 casos en Colombia de los cuales 3.274 corresponden a personas adultas mayores de 60 años, con 546 fallecimientos de 546 ocurridos, representando el 72%, por lo cual decidió declararse la prórroga de la Emergencia Sanitaria, con el fin de tomar medidas más representativas para la contingencia en materia de salud que afectaba al país.

Sin embargo, a pesar del confinamiento, muchas personas no respetaron esta medida e incluso el Gobierno Nacional para reactivar un poco la economía decretó tres días sin IVA, el primero de ellos realizado el 19 de junio, en el que las personas asistieron presencialmente a los establecimientos de comercio, incrementando el contagio ya que las grandes plataformas no cumplieron con las medidas de bioseguridad señaladas.



Así las cosas, a continuación se evidencia una estadística que comprende los casos confirmados desde el inicio de la pandemia hasta el mes de julio de 2020, y posteriormente, se evidencia las estadísticas del número de muertos a causa del COVID-19.

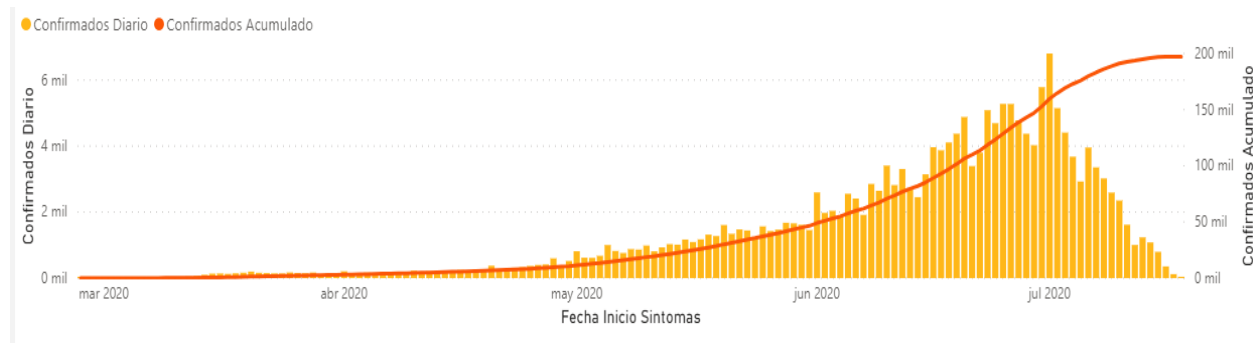


Figura 2. Evolución y Análisis Impacto Covid-19 en Colombia. Cepobia.

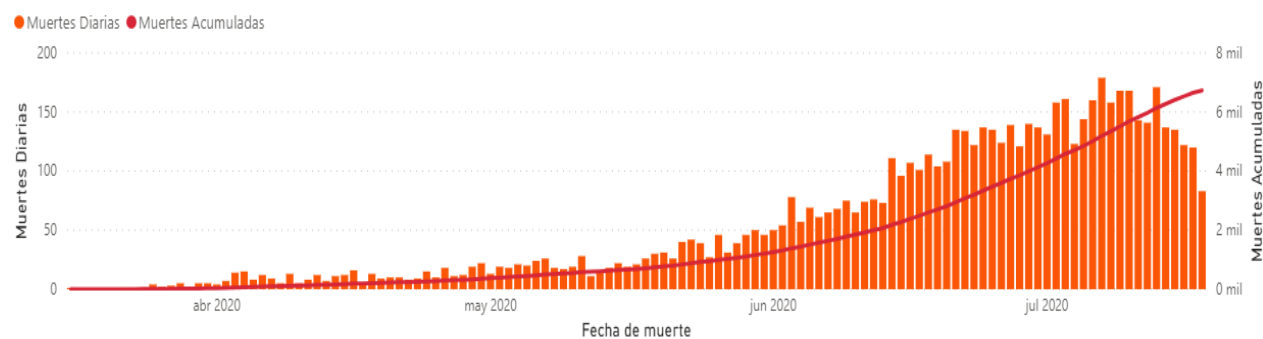


Figura 3. Evolución y Análisis Impacto Covid-19 en Colombia. Cepobia.

Al 20 de julio de 2020, se reporta que hay 204.005 casos confirmados, de los cuales 100.870 casos activos, 6.929 muertes y 95.804 recuperados, siendo Bogotá la ciudad más afectada con 65.594 casos.

## 5. La responsabilidad extracontractual del Estado por COVID-19

### 5.1. Responsabilidad médica extracontractual por COVID-19

Teniendo en cuenta que en virtud del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se prescribe la responsabilidad que tiene el Estado, por acción u omisión que realice alguno de sus agentes, es importante traer a colación en el presente acápite si

efectivamente se puede imputar al Estado, algún tipo de responsabilidad patrimonial con ocasión al COVID-19, por lo que es importante analizar varias situaciones con sus respectivas hipótesis, por ejemplo:

Algún tipo de falla en el servicio en el tratamiento de un paciente infectado, en el manejo global y público de la pandemia, en el contagio del personal médico y paramédico de los hospitales públicos y de terceras personas, en los daños masivos causados por contaminación ambiental, en la responsabilidad por la muerte de pacientes cuyo tratamiento se suspende ante la ausencia de recursos y la necesidad de salvar a otras personas (Tamayo, 2020a)

En relación al manejo público y global de la pandemia, precisamente en lo que concierne a Colombia, se tiene que el virus empezó en China, y posteriormente llegó a Tailandia, y una semana más tarde, se empiezan a registrar casos en Estados Unidos, Europa y Oriente Medio; y fue hasta el 6 de marzo de 2020 que el Ministerio de Salud y Protección Social, confirma el primer caso de COVID-19 en el territorio nacional, procedente de Milán, Italia (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). No obstante, transcurrieron veinte días aproximadamente para que el Gobierno Nacional en virtud del Estado de Emergencia, hubiere decretado el aislamiento preventivo obligatorio a partir del 25 de marzo hasta el 13 de abril de 2020 a través del Decreto 457 de 2020, en el que se suspendió el transporte doméstico aéreo, es decir, hasta esta fecha se cerraron las fronteras aéreas en Colombia.

Ahora bien, para efectos de determinar la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado y si podría alegar en su favor la causal de exoneración de fuerza mayor, es importante tener en cuenta que, en primer lugar, existe un hecho que podría hacer referencia a que se desconocía en el mundo enteró la causa, los síntomas, la evolución, los efectos en los diferentes pacientes, etc, con el paso del tiempo y el avance de la ciencia se ha venido conociendo varios de éstos aspectos y sobre todo en su detección y manejo tanto hospitalario como en la casa de los pacientes infectados, luego, el daño, podría hacer referencia a las muertes y contagios que ha causado el COVID-19 en el país, y el nexo causal, la relación directa entre la omisión del Estado y el resultado obtenido; pero en este punto es importante analizar la posibilidad de romper el nexo causal, esto es, a través de la causal de exoneración de responsabilidad, que podría ser la fuerza mayor; así las cosas, habría que

preguntarse si cumple con las características para su procedencia, efectivamente es un hecho externo, irresistible porque era imposible conocer previamente la afectación que el coronavirus ocasionaría, así como el pensar que por la fuerza de expansión intercontinental, no llegaría a Colombia, pero en lo relacionado a la previsibilidad, no era un hecho imprevisible, el Gobierno Nacional podría haber tomado las medidas correspondientes a tiempo para evitar su expansión en el país, y todas las consecuencias que el virus ha dejado como el decrecimiento económico, el porcentaje de desempleo, la falta de respiradores y de camas para la Unidad de Cuidados Intensivos, así como las 12.000 muertes que hasta la fecha ha generado el COVID-19 en Colombia (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020)

En relación al contagio del personal médico, se trae a colación el Decreto 538 de 2020 del 12 de abril, teniendo por objeto adoptar medidas para garantizar o ampliar la capacidad de prestación de servicios de salud, y una de ellas orientada a que todo el talento humano en salud en ejercicio o formación, estuviera preparado y disponible para ser llamado a prestar sus servicios, para reforzar y apoyar a los prestadores de salud del país, siendo este un llamado obligatorio; esta medida generó gran controversia, específicamente en lo que tenía que ver con los insumos de bioseguridad proporcionados a los profesionales de la salud y sobre la precarización laboral, sin embargo, el Ministerio de Salud y Protección Social tuvo que expedir la Resolución 628 del 23 de abril de 2020 para reglamentar el Decreto, en donde se indicó que el llamado al talento humano no sería obligatorio, sino que se establecerían unos criterios para estos efectos, haciendo énfasis también en la obligación por parte del prestador de servicios de salud para proveer en forma oportuna, continua y con calidad, los elementos de protección personal al talento humano en salud que atienda el llamado, cualquiera sea el tipo de vinculación.

No obstante, en caso de que profesionales de salud sean llamados para atender la contingencia en entidades de salud pública, y las mismas no provean los elementos de bioseguridad, o que sean insuficientes para proteger al talento humano que se enfrenta al COVID-19 y resulten contagiados, deberá el Estado responder por la omisión a estas medidas de bioseguridad.

## **5.2. La fuerza mayor como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado generada por COVID-19**

Al analizar en qué situaciones podría el Estado alegar la fuerza mayor para exonerarse de responsabilidad extracontractual a causa del COVID-19, podría plantearse verbigracia, un hospital que justo antes de iniciar la pandemia en el país, tenía una unidad especializada en pacientes con afecciones cardíacas y que de repente no haya sido posible tomar acciones dentro del hospital para efectuar una correspondiente contingencia del virus, generando algunos contagios y para otros pacientes, la muerte; el Estado podría alegar que la entidad pública prestadora de salud, cumplía con las medidas de bioseguridad y de asepsia exigida para la contingencia del COVID-19, cumpliendo con todas las medidas de bioseguridad que para el momento del contagio, le fue imprevisible, irresistible y no imputable jurídicamente al demandado. Sin embargo, “los hechos han demostrado que ningún hospital del mundo disponía de tecnología, infraestructura y personal especializado para atender semejante catástrofe, desconocida por completo” (Tamayo, 2020b).

En lo que concierne a una posible falla en el servicio en el tratamiento de un paciente infectado que ocasionara su muerte, es importante analizar si se cumplen los elementos previstos para la falla del servicio, estos son, que el daño causado hubiere sido previsible para el equipo médico, sin embargo, el COVID-19 se ha conceptuado como una enfermedad la cual en la actualidad, no se ha determinado un tratamiento específico para tratar la infección por Sars-CoV-2, no obstante, “actualmente se encuentran en curso más de 1.700 estudios en el mundo que buscan alternativas de tratamiento que sean seguras y efectivas. Entre los múltiples medicamentos analizados se encuentra el Remdesivir, desarrollado en 2014 y que ha presentado algún potencial de efectividad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020), a pesar de ello, no existe una vacuna ni un tratamiento efectivo que asegure la erradicación completa del virus, por lo que no podría imputársele responsabilidad al Estado no tener un tratamiento idóneo para controlar esta enfermedad, cuando no es previsible para la entidad de salud pública. Afirma Tamayo que:

En efecto, al más prudente de los médicos o de los hospitales, la sorpresa del virus le genera un súbito desorden en su organización administrativa. Frente a una llegada incontrolable de pacientes infectados, sin tener todo el personal médico y paramédico

especializado requerido, sin suficientes unidades de cuidados intensivos ni camas para alojarlos, sin saber qué medicamentos son adecuados, necesariamente se cometen errores por impericia y por la urgencia de tratar de salvar vidas, y de recibir el mayor número posible de pacientes, todo bajo el riesgo de una mayor contaminación de compañeros de trabajo o de pacientes internados por otro tipo de enfermedad. En tales circunstancias, esas equivocaciones, producto de la ignorancia sobre la enfermedad y la sobrecarga de trabajo, no pueden considerarse como culpas, de aquellas culpas que dan lugar a la responsabilidad civil (2020b).

## **6. Derecho comparado con España**

La responsabilidad del Estado en España no tiene mucha diferencia con la establecida en la legislación colombiana, pues tiene origen en la existencia de tres elementos, una acción u omisión, el daño, la relación de causalidad entre ambos y la culpa o negligencia según el artículo 1902 del Código Civil Español (Parra, 2014). La definición de los anteriores elementos encuentra similitud con la establecida en Colombia y que ha sido analizada anteriormente.

No obstante, si se evidencian algunas diferencias en lo que refiere a la clasificación de la responsabilidad, por un lado, se encuentra la responsabilidad civil contractual, que según el artículo 1101 del Código Civil Español se deriva del incumplimiento de un contrato por parte del médico, en donde pueden identificarse que por parte del médico existen “las obligaciones de actualización de conocimientos y de medios, la obligación de información, la de continuidad de cuidados y la información terapéutica” (Alonso, 1998, p.887); en lo que concierne a la responsabilidad civil extracontractual, implica la lesión de derechos al paciente, y el incumplimiento por parte del médico, de no dañar al otro.

En lo que refiere a la prescripción de la acción, se ha establecido que:

Cuando los daños se originan del incumplimiento del contrato, el plazo de prescripción es de 15 años desde que la acción pudo ser ejercitada, y si se trata de la responsabilidad extracontractual, es a partir de un año desde que el paciente evidenció el daño causado (Código Civil, Art. 1969,1968).

Ahora bien, también existe una responsabilidad profesional por la vía contencioso administrativo, que se puede equiparar a la responsabilidad extracontractual del Estado, pues también tiene por objeto absorber las reclamaciones por negligencia cometidas por el personal de la administración a las personas por daños de carácter físico o psíquico, así que el paciente podría demandar a la administración y al médico como codemandado, teniendo tres posibilidades:

Si la condena se basa en una cuestión por completo ajena al profesional, la administración no puede reclamar nada al médico, si la condena responde a una negligencia del médico, la administración tampoco podrá trasladar la indemnización al médico, y por último, si el origen del daño es una culpa o negligencia grave del profesional, se podrá exigir al médico lo pagado por la administración al paciente (Universidad Complutense de Madrid, s.f. p.22)

El COVID-19 llegó a España el 31 de enero de 2020, confirmado por el Centro Nacional de Microbiología (El Plural, 25 de marzo de 2020), a finales de agosto de 2020 se conoce que 439.000 personas están infectadas, 150.000 se recuperaron y fallecieron 29.011. Del análisis realizado a los daños que ha producido el COVID-19 y los cuales las víctimas podrían reclamar al Gobierno Español, han sido los siguientes:

- a) Pacientes que no son correctamente atendidos
- b) Pacientes que han fallecido esperando un respirador
- c) Ausencia de medidas de protección de los trabajadores:
- d) Falta de información sobre el diagnóstico, tratamiento, riesgos, alternativas y pronóstico de la enfermedad en los supuestos en los que exista posibilidad de trasladarla a los pacientes y familiares (Asociación El Defensor del Paciente, 2020).

## **Conclusiones**

La responsabilidad estatal ha evolucionado desde su origen, pues anteriormente todos los fallos eran justificados a través del principio de irresponsabilidad del Estado, en el que el rey siempre tenía la razón, sin embargo, gracias al Derecho Francés y su Consejo de Estado que profirió fallos de gran importancia, que reconoce la obligación a cargo del Estado de indemnizar a las víctimas que sufran un daño a causa del mismo.

Con el objeto de desvirtuar algún tipo de responsabilidad del Estado, se han establecido tres causales de exoneración de responsabilidad que podría alegar el Estado ante una eventual demanda, por un lado, la fuerza mayor que se caracteriza por ser un hecho imprevisible, irresistible y externo, el hecho de un tercero, que hace referencia al daño que causa un tercero, y la culpa exclusiva de la víctima, relacionada directamente con el hecho de que la víctima haya causado un daño.

Ahora bien, con la situación actual del país y dando respuesta a la pregunta de investigación inicialmente planteada, se analizará si el error de diagnóstico de un hospital público a un paciente con síntomas similares a COVID-19, a quien se le realiza el tratamiento respectivo de esta enfermedad y fallece a causa de otra enfermedad, podría generar responsabilidad del Estado o alegar la fuerza mayor para exonerarlo.

Respecto de la primera hipótesis, sería posible solicitar una indemnización del Estado por los daños que sufrieron los familiares del fallecido por el error en el diagnóstico del paciente, esto, porque al analizar los elementos de la responsabilidad como es la acción u omisión, que en el caso concreto sería la omisión de realizar el tratamiento adecuado a la enfermedad que padecía, el daño antijurídico, que expresamente sería la muerte de una persona que acudió al sistema de salud con el objeto de que realizarán un tratamiento por parte de profesionales de la salud, que se supone tienen el conocimiento idóneo para diagnosticar correctamente, pero que no aplicaron ningún tipo de prueba sino que al verificar los síntomas, infirieron que se trataba de sospecha de COVID-19, lo cual cumple con la característica de que la persona no estaba obligada a soportar este daño; y por último, el nexo causal entre el hecho y el daño, que claramente se comprueba al demostrar que la falta de tratamiento para el paciente que padecía una enfermedad específica, generó su muerte.

Respecto de la segunda hipótesis, relacionada principalmente con la defensa que podría alegar el Estado, es que para quebrantar el nexo causal, se puede probar una fuerza mayor que eximiría de responsabilidad patrimonial, siempre que cumpla con las características de ser imprevisible, irresistible y externo; en cuanto a la primera característica – imprevisibilidad, podría alegar que le era imprevisible en razón a que los Protocolos expedidos por Ministerio de Salud y Protección Social les indicaba una serie de lineamientos a seguir para tratar a una persona con dichos síntomas, cuando no tuviesen los recursos

disponibles para realizar la prueba, en lo que refiere a la irresistibilidad, y de acuerdo a lo anterior, si no existían las suficientes pruebas a su disposición para practicarla a todos los pacientes con sospechas de COVID-19, el hecho podría considerarse irresistible porque no existía la manera para determinar si se trataba de COVID o no, y también es externo, porque no depende de ninguna voluntad.

En lo que refiere a España, también se han analizado aquellos casos que pueden ser constitutivos de imputar responsabilidad al Estado, tales como pacientes que no son correctamente atendidos, aquellos que han fallecido esperando un respirador, ausencia de medidas de protección de trabajadores de la salud y falta de información sobre el diagnóstico.

En relación a la opinión personal, la fuerza mayor para el COVID-19 solo podría alegarla el Estado en virtud de la carga dinámica de la prueba, demostrando que realmente la situación demandada cumplía con las características de ser imprevisible, irresistible y externo, de lo contrario, si el administrado demuestra los tres elementos de la responsabilidad, el hecho, el daño y el nexo causal, el Estado deberá responder por el daño antijurídico causado.



## Bibliografía

- Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Alonso, M. (1998). La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (A propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997). *Anuario de Derecho Civil*. pp. 887-915.
- Ariza, A. y Espinosa, J. (2003). Responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas. (*Tesis de Pregrado*). Facultad de Derecho. Universidad de la Sábana. Chía.
- Arroyo, F. (2010). La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del Artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Privado*. (6). pp. 211-231
- Asociación El Defensor del Paciente. (2020). Los 10 MOTIVOS principales por los que los pacientes afectados por el CORONAVIRUS podrán reclamar. Recuperado de: <https://www.65ymas.com/uploads/s1/34/34/42/06-de-abril-de-2020.pdf>
- Blanquer, D. (1997). *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Madrid: Ministerio para las administraciones públicas.
- Cepobia. (2020). *Evolución y Análisis Impacto Covid-19 en Colombia*. [Gráfico]. Recuperado de: <https://cepobia.com/covid19/>
- Chapus, R. (1997). *Droit administratif general*. Paris: Ediciones Montchrestein.
- Díazgranados, S. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- El Plural. (25 de marzo de 2020). *El Gobierno confirma el primer caso de coronavirus en España*. Recuperado de: [https://www.elplural.com/sociedad/gobierno-confirma-caso-coronavirus-espana\\_232391102](https://www.elplural.com/sociedad/gobierno-confirma-caso-coronavirus-espana_232391102)
- Expósito, J. (2011). El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano: la nulidad, nulidad

y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales. *Revista digital de derecho administrativo*. (6). pp. 25-45.

Gil, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

González, X. (2020). *El contagio del coronavirus avanza de forma acelerada dejando incertidumbre*. [Gráfico]. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/economia/el-covid-19-avanza-aceleradamente-en-el-mundo-dejando-incertidumbre-2978303>.

Guerra, D. y Pabón, L. (2020). Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia. *Revista Espacios*. 41 (8). p.29.

Henao, J. (1998). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de la Colombia.

Henao, J. (2007). Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français. (*Tesis Doctoral*). *Universidad de París 2 Panthéon-Assas*.

Hinestrosa, F. (2017). Devenir del derecho de daños. *Revista de Derecho Privado*. (32), pp. 5-26.

Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de saberes*. (38). pp. 63-78.

Jiménez, W. & Soler, I. (2012). Causas de ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia y sus posibles correctivas

Long, M. (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

López, J. (2007). *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Manjarres, A. (2019). Estudio comparado sobre el medio de control de reparación directa. *Vis Iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6 (12). Recuperado a partir de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/>

Margaux, Y. & Castro, J. (2007). Diversas formas de la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa. *Revista Diálogos de Saberes*. (26). pp. 145-162.

- Martínez, G. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (6 de marzo de 2020). *Colombia confirma su primer caso de COVID-19*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (19 de marzo de 2020). Lineamientos para la detección y manejo de casos de COVID-19 por los prestadores de servicios de salud en Colombia. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/lineamientos-orientaciones-protocolos-covid19-compressed.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (27 de mayo de 2020). ¿El Remdesivir un tratamiento para el covid-19?. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Es-el-Remdesivir-un-tratamiento-para-el-covid-19.aspx>
- Pardo, O. (2011). Los estados de excepción en el constitucionalismo evolucionario: el caso colombiano. *Revista Dixi* 13(14). pp. 71-87
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*. (20). 371-398.
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pérez, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica-Decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios de Derecho*. 57. (152).
- Rojas, J. La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por falla en la prestación del servicio médico de entidades de salud del Estado. (*Tesis de Pregrado*). Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.
- Saavedra, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Santofimio, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tamayo, J. (2003). *Sobre la prueba de la culpa médica*. Bogotá: Biblioteca Jurídica, DIKE.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis.

Tamayo, J. (7 de mayo de 2020a). El Covid-19 y la responsabilidad civil. *Ámbito Jurídico*.  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/el-covid-19-y-la-responsabilidad-civil>

Tamayo, J. (16 de junio de 2020b). La culpa y la causa extraña en el coronavirus. *Ámbito Jurídico*.  
 Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/civil-y-familia/la-culpa-y-la-causa-extrana-en-el-coronavirus>

Universidad Complutense de Madrid. (s.f.). Responsabilidad profesional del médico. Consultado en:  
<http://webs.ucm.es/centros/cont/descargas/documento18891.pdf>

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5012 del 25 de octubre de 1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5220 del 26 de noviembre de 1999. M.P. Silvio Fernando Trejos

Concepción, J. (1999). *Derecho de daños*. Barcelona: Editorial Bosh.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18425 del 3 de febrero de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1989. Exp. 5693. C.P. Gustavo de Greiff.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 1990. C.P. Antonio José De Irisarri Restrepo.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 1997. C.P. Ricardo Hoyos.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2000. Exp. 12099. M.P. Alirio Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2004. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp. 18524. C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 18285. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp. 19067. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 21294. C.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de julio de 2013. Exp. 25131. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional. Sentencia SU-449 del 22 de agosto de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.